

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Tinjauan Umum Tentang Tindak Pidana

1. Pengertian Tindak Pidana

Pengertian Tindak Pidana merupakan pengertian secara yuridis sama halnya untuk memberikan pengertian pada istilah hukum, hal ini bukanlah sesuatu yang mudah untuk dapat memberikan pengertian untuk istilah tindak pidana.

Dengan membahas hukum pidana dengan maksud agar dapat mengerti apa pengertian pidana sebagai sanksi atas suatu delik, di lain sisi pembedaan sangat berkaitan dengan dasar-dasar pembenaran pengenaan pidana dan teori-teori tentang tujuan pembedaan, pidana merupakan istilah yuridis yang memiliki arti khusus sebagai terjemahan bahasa Belanda "straf" yang memiliki arti "hukuman".¹

Tindak pidana adalah suatu pengertian yuridis, lain halnya dengan istilah "perbuatan jahat" atau "kejahatan" (crime atau Verbrechen atau misdad) yang diartikan secara kriminologis dan psikologis. Tentang isi dari pengertian tindak pidana tidak ada kesatuan pendapat di antara para sarjana. Sebagai gambaran umum pengertian kejahatan atau tindak pidana yang dikemukakan oleh Djoko Prakoso bahwa secara yuridis pengertian kejahatan atau tindak pidana adalah "perbuatan yang dilarang oleh undang-undang dan pelanggarananya dikenakan sanksi", selanjutnya Djoko Prakoso menyatakan bahwa secara kriminologis kejahatan atau tindak pidana adalah "perbuatan yang melanggar norma-norma yang berlaku dalam masyarakat dan mendapatkan reaksi negatif dari masyarakat, dan secara psikologis kejahatan atau tindak pidana adalah "perbuatan manusia yang abnormal yang bersifat melanggar

¹Moeljatno, 1987. *Asas-asas Hukum Pidana*. Bina Aksara, Jakarta. Hal. 37

hukum, yang disebabkan oleh faktor-faktor kejiwaan dari si pelaku perbuatan tersebut.²

Pembuat peraturan atau undang-undang menggunakan “*strafbaarfeit*” untuk menggantikan istilah tindak pidana pada Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) namun dengan tidak memberikan penjelasan tentang apa itu “*Strafbaarfeit*”, akibatnya menimbulkan doktrin banyak pendapat-pendapat tentang apakah yang sebenarnya dimaksud “*Strafbaarfeit*” itu, seperti yang dikatakan oleh Hamel dan Pompe.

Hamel berpendapat: “*Strafbaarfeit* adalah kelakuan orang (*menselijke gedraging*) yang dirumuskan dalam wet, yang bersifat melawan hukum, yang patut dipidana (*strafwaardig*) dan dilakukan dengan kesalahan”. Ahli lain berpendapat yaitu Pompe bahwa “*Strafbaarfeit* itu dapat dirumuskan sebagai suatu pelanggaran norma yang sengaja atau tidak sengaja dilakukan oleh pelaku”.³

2. Unsur – Unsur Tindak Pidana

Tindak Pidana yang ada pada Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) kita dapat jabarkan pada unsur-unsur yaitu terdiri dari unsur subjektif dan juga objektif.

Unsur subjektif merupakan unsur yang ada pada pelaku atau yang berhubungan dengan pelaku, termasuk juga semua hal yang ada dalam hati pelaku, unsur objektif adalah unsur-unsur yang berhubungan dengan keadaan-keadaan, yaitu di dalam keadaan-keadaan mana tindakan dari pelaku tersebut harus dilakukan.⁴

Unsur-unsur subjektif dari suatu tindak pidana itu adalah:

²Djoko Prakoso dan AgusImunarso, 1987. *HakAsasiTersangka dan PerananPsikologidalamKonteks KUHP*. Bina Aksara, Jakarta. Hal.137

³Lamintang, 1984. *Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia*. SinarBaru. Bandung. Hal. 173-174

⁴(Drs. P.A.F. Lamintang, SH.*Dasar-dasar Hukum PidanaIndonesia*; Bandung, PT. Citra Aditya Bakti, 1997, Hal 193)

Unsur subjektif adalah unsur yang melekat pada diri pelaku atau berhubungan dengan sipelaku, termasuk juga semua hal yang ada dalam hati pelaku, unsur ini adalah kesengajaan *culpa* dan ketidaksengajaan *dolus*, maksud atau niat pada suatu percobaan atau *poging*, merencanakan terlebih dahulu atau *voorbewachteraad*, kejiwaan si pelaku yaitu perasaan takut di dalam rumusan pasal 340 KUHP.

Unsur-unsur objektif dari suatu tindak pidana adalah:

1. Sifat melanggar hukum;
2. Kualitas dari si pelaku;
3. Kausalitas hubungan antara suatu tindak pidana sebagai penyebab dengan suatu kenyataan sebagai akibat.⁵

3. Penjatuhan Pidana

Proses penjatuhan pidana dan ppidanaan tidak serta merta timbul begitu saja, namun terdapat mekanisme yang mengaturnya, yaitu melalui proses peradilan. Penjatuhan pidana dan ppidanaan dapat dikatakan cermin peradilan kita. Apabila proses peradilan yang misalnya berakhir dengan penjatuhan pidana itu berjalan sesuai asas peradilan, niscaya peradilan kita dinilai baik. Apabila sebaliknya, tentu saja dinilai sebaliknya pula. Bahkan dapat dicap ada kemerosotan kewibawaan hukum.⁶ Dalam system hukum kita menganut asas tiada pidana tanpa kesalahan (*geen straf zonder schuld*). Pidana hanya dapat dijatuhkan kepada terdakwa, apabila terbukti ada unsur kesalahan dalam dirinya. Kesalahan terdakwa tentunya sebagaimana termaktub dalam dakwaan Penuntut Umum.⁷

⁵(DR. Andi Hamzah, *Asas-Asas Hukum Pidana*; Jakarta, PT. Rineka Cipta, Tahun 2004, Hal. 88)

⁶Bambang Waluyo, *Pidana dan Ppidanaan*, Sinar Grafika, Jakarta, 2004, Hal. 34.

⁷*Ibid*, Hal. 88

Pengadilan menjatuhkan pidana apabila pengadilan berpendapat bahwa terdakwa bersalah melakukan tindak pidana yang didakwakan kepadanya (vide Pasal 193 ayat (1) KUHAP).⁸ Dasar penjatuhan pidana kepada terdakwa ialah kesalahan yang diperbuat dan harus dibuktikan dalam persidangan.

Unsur kesalahan atau “*schuld*” merupakan unsur utama yang berkaitan dengan pertanggung jawaban pelaku terhadap perbuatannya, termasuk perbuatan pidana atau tindak pidana/delik. Berkaitan dengan kesalahan, dapat disimpulkan bahwa kesalahan memiliki beberapa unsur:⁹

1. Adanya kemampuan bertanggung jawab pada si pelaku, dalam arti jiwa si pelaku dalam keadaan sehat dan normal;
2. Adanya hubungan batin antara si pelaku dengan perbuatannya, baik yang disengaja (*dolus*) maupun karena kelapaaan (*culpa*);
3. Tidak adanya alasan pemaaf yang dapat menghapus kesalahan.

Tidak serta merta hakim menjatuhkan putusan pidana pada terdakwa, namun harus disertai dengan minimum alat bukti. Minimum alat bukti tersebut telah diatur dalam KUHAP. Unsur kesalahan yang diperbuat oleh terdakwa harus terbukti sesuai dengan minimum alat bukti tersebut. Sehingga hakim dapat menjatuhkan putusan pidana kepada terdakwa.

4. Teori dan Tujuan Pidanaan

Saat ini tujuan pidana yang dipakai ialah tujuan pidana yang telah lama ada. Meskipun telah ada pemikiran-pemikiran tentang tujuan pidana yang

⁸*Ibid*, Hal. 88

⁹Teduh Prasetyo, *Hukum Pidana (edisi revisi)*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2010, Hal. 82.

semakin rasional, namun pemikiran tersebut masih dipengaruhi oleh pemikiran-pemikiran para penulis dari beberapa abad yang lalu. Dalam Buku Ajar Hukum Pidana, karangan Prof. Masruchin Ruba'I, mengatakan bahwa tujuan pemidanaan yang paling tua adalah pembalasan (*revenge*) yaitu untuk tujuan memuaskan pihak yang dendam baik masyarakat maupun pihak yang menjadi korban kejahatan. Tujuan pemidanaan yang juga dipandang kuno ialah retribusi (*retribution*), yaitu melepaskan pelanggar hukum dari perbuatan jahat atau menciptakan balance atau memperbaiki keseimbangan moral yang dirusak oleh kejahatan.

Mengenai tujuan hukum pidana dikenal dua aliran, yaitu :

1. Untuk menakut-nakuti setiap orang jangan sampai melakukan perbuatan yang tidak baik (aliran klasik).
2. Untuk mendidik orang yang telah pernah melakukan perbuatan tidak baik menjadi baik dan dapat diterima kembali dalam kehidupan lingkungannya (aliran modern).¹⁰

Berkaitan dengan tujuan pidana, akan ada tiga penggolongan utamateori-teori untuk pembenaran penjatuh pidana:¹¹

1. Teori Pembalasan atau Teori Absolut

Teori ini pada pokok pangkalnya pada pembalasan yang diberikan negara pada pelaku. siapapun yang berbuat jahat harus dibalas dengan diberikan pidana, tujuan dari teori ini adalah agar pelaku menderita.

2. Teori Relatif

¹⁰*Ibid*, Hal. 14

¹¹*Ibid*, Hal. 130-132.

Pada dasarnya mengatakan pidana itu adalah suatu alat yang digunakan dengan tujuan menegakkan tata tertib di masyarakat. Teori ini berpendapat bahwa kejahatan bukan hanya diikuti dengan tindak pidana, tetapi harus diperhatikan nilai manfaatnya, suatu pidana untuk masyarakat dan untuk penjahat itu sendiri, pada teori ini bukan hanya melihat pada masa lalu namun juga masa depan terpidana.

3. Teori Gabungan

Didasarkan pada pidana atas asas pembalasan tetapi tidak melampaui batas dan tetap mempertahankan tata tertib, teori ini dititikberatkan pada mempertahankan tata tertib dalam masyarakat, keharusan untuk melindungi dalam hal ini adalah masyarakat, di titik berat yang setara antara pembalasan dan perlindungan masyarakat.

Apa yang menjadi tujuan pemidanaan itu, akan dikemukakan lagi bahwa pidana adalah hukum sanksi yang special atau Sudarto berpendapat adalah suatu sistem sanksi negatif. pidana dapat diterapkan apabila upaya yang lain sudah tidak mampu sehingga hukum pidana dapat disebut juga memiliki fungsi atau sifat yang subsidiar.¹²

B. Tinjauan Umum Transaksi Jual Beli dalam Bisnis Online (*E-Commerce*)

1. Pengertian Transaksi Jual Beli dalam Bisnis Online

Lahir dan berkembangnya hukum teknologi informasi telah didorong dengan adanya konvergensi antara teknologi telekomunikasi dan informatika dan salah satunya adalah mendorong lahirnya suatu alternatif bagi penyelenggaraan kegiatan

¹²Sudarto, *hukum dan pidana*, Alumni, 1981, Bandung, Hal 30.

bisnis yang dikenal dengan perdagangan melalui elektronik (selanjutnya akan disebut dengan e-commerce).¹³

E-Commerce adalah salah satu yang sangat berkembang dalam masyarakat, E-commerce diartikan transaksi ekonomi antara penjual dan pembeli dimediasi melalui media elektronik dari internet yang kemudian membentuk kontrak perjanjian mengenai harga dan pengiriman benda atau barang ataupun jasa tertentu dan diselesaikan transaksi tersebut melewati proses pengiriman dan pembayaran.

E-commerce merupakan model perjanjian antara penjual dan pembeli yang memiliki karakteristik yang berbeda dengan transaksi biasa pada umumnya, wilayah yang dicakup bukan hanya local tetapi juga bisa global. Perkembangan inilah yang kemudian kita kenal dengan istilah online shop, online shop adalah proses dimana pembelian barang atau jasa yang penjual jual melalui internet.¹⁴

Transaksi melalui internet ini, pihak-pihak terkait yang ada di dalamnya dilakukan dengan adanya hubungan hukum yang akan dituangkan melalui bentuk perjanjian atau kontrak yang dilakukan secara elektronik sesuai dengan pasal 1 butir 17 UU ITE, yang disebut dengan kontrak elektronik yaitu perjanjian yang dimuat dalam dokumen elektronik atau media elektronik lainnya. Penjual menawarkan barang atau jasa secara elektronik wajib menyediakan keterangan informasi tentang syarat-syarat kontrak, informasi produk dengan lengkap dan benar. Dari penjelasan diatas dapat disimpulkan beberapa unsure dari e-commerce yaitu:

1. Ada kontrak dagang

2. Kontrak itu dilaksanakan dengan media elektronik

¹³ShintaDewi, *Cyberlaw Perlindungan Privasi Atas Informasi Pribadi Dalam E-commerce Menurut Hukum International*, (Bandung: Widya Padjajaran), Hal. 54

¹⁴AzharMuttaqin, *Transaksi E-Commerce Dalam Tinjauan Hukum Islam*, (Malang: Universitas muhamadiyah, 2009), Hal. 2

3. Kehadiran fisik dari para pihak tidak diperlukan
4. Kontrak itu terjadi dalam jaringan publik
5. Sistemnya terbuka, yaitu dengan internet atau WWW
6. Kontrak itu terlepas dari batas, yuridiksi nasional
5. Sistemnya terbuka, yaitu dengan internet atau WWW
6. Kontrak itu terlepas dari batas, yuridiksi nasional¹⁵

Vladimir Zwass mengartikan e-commerce yaitu proses pertukaran informasi bisnis, proses mempertahankan hubungan bisnis, dan melakukan transaksi bisnis pada jaringan komunikasi, dari sini terlihat bahwa e-commerce merupakan transaksi jual-beli barang atau jasa yang dilakukan dengan proses pertukaran informasi atau data dengan menggunakan media selain media tertulis yaitu media elektronik.¹⁶

C. Tinjauan Umum Tentang Tindak Pidana Penipuan

1. Pengertian Tindak Pidana Penipuan

Tindak pidana penipuan dalam KUHP ada pada Buku II tentang Kejahatan terhadap Harta Kekayaan, yaitu berupa penyerangan terhadap kepentingan hukum orang atas harta benda yang dimilikinya.

Mengenai tindak pidana penipuan, ada pada KUHP dan secara luas dan terperinci adadalam Buku II Bab XXV dari Pasal 378 s/d Pasal 395 KUHP. Namun ketentuan mengenai delik *genus* penipuan (tindak pidana pokoknya) terdapat dalam Pasal 378 KUHP yang berbunyi sebagai berikut : *“Barangsiapa dengan maksud untuk menguntungkan diri sendiri atau orang lain dengan melawan hukum, dengan memakai nama palsu atau martabat palsu, dengan tipu muslihat atau pun dengan rangkaian kebohongan mengerjakan orang lain untuk menyerahkan sesuatu benda*

¹⁵Tinjauan Umum E-commerce, <http://repository.usu.ac.id>, diakses tanggal 20 September 2020

¹⁶Haris Faulidi Asnawi, *Transaksi Bisnis E-Commerce Perspektif Islam*, Magistra Insania Press, Yogyakarta, 2004, Hal. 148

kepadanya, atau supaya memberi hutang maupun menghapuskan piutang, diancam karena penipuan dengan pidana penjara paling lama 4 (empat) tahun”¹⁷

A. Unsur – unsur Tindak Pidana Penipuan

Unsur Subyektif, “dengan maksud”:

1. Menguntungkan diri sendiri atau orang lain;
2. Dengan melawan hukum.

Unsur obyektif, “membujuk/menggerakkan orang lain dengan alat pembujuk/penggerak” :

1. Memakai nama palsu;
2. Memakai keadaan palsu;
3. Rangkaian kata-kata bohong;
4. Tipu muslihat;
5. Agar menyerahkan suatu barang;
6. Membuat hutang;
7. Menghapuskan piutang.

a. Unsur-Unsur Subjektif

1. Dengan maksud untuk menguntungkan diri sendiri atau orang lain. Maksud si pelaku dalam melakukan perbuatan menggerakkan harus ditujukan pada menguntungkan diri sendiri atau orang lain, adalah berupa unsur kesalahan dalam penipuan.

¹⁷Ni KomangRatihKumalaDewi, *TindakPidanaPenipuanDenganMenggunakan SaranaTelekomunikasi (Handphone)*, e-journal.unmas.ac.id, 2016, Hal. 251

2. Secara melawan hak melawan hukum di sini tidak semata-mata diartikan sekedar dilarang oleh undang-undang atau melawan hukum formil, melainkan harus diartikan yang lebih luas yakni sebagai bertentangan dengan apa yang dikehendaki masyarakat, suatu celan masyarakat.

b. Unsur-unsur Objektif :

1. Dengan menggunakan salah satu atau lebih alat penggerak penipuan (namapalsu, martabat palsu/ keadaan palsu, tipu muslihat dan rangkaian kebohongan). Maksudnya adalah sifat penipuan sebagai tindak pidana ditentukan oleh cara-cara dengan mana pelaku menggerakkan orang lain untuk menyerahkan barang, Adapun alat-alat penggerak yang dipergunakan untuk menggerakkan orang lain adalah sebagaiberikut:
 - a. Nama Palsu, dalam hal ini adalah nama yang berlainan dengan nama yang sebenarnya meskipun perbedaan itu nampaknya kecil. Lain halnya jika sipenipu menggunakan nama orang lain yang sama dengan namanya dengan ia sendiri, maka ia dapatdipersalahkan melakukan tipu muslihat atau susunan belit dusta.
 - b. Tipu Muslihat, yang dimaksud dengan tipu muslihat adalah perbuatan-perbuatan yang dilakukan sedemikian rupa, sehingga perbuatan itu menimbulkan kepercayaan atau keyakinan atas kebenaran dari sesuatu kepada orang lain. Jika tipu muslihat ini bukanlah ucapan melainkan perbuatan atau tindakan.
 - c. Martabat / keadaanpalsu, martabat atau kedudukan palsu adalah jabatan / kedudukan yang dipergunakan oleh pelaku, agar pelaku merasa dirinya memiliki hak dan kewenangan tertentu.

- d. Rangkaian kebohongan palsu, adalah melalui kata-kata ataupun perkataan-perkataan yang tujuannya menyesatkan serta berbeda dari kenyataannya dari yang diucapkan dengan meyakinkan supaya korban percaya.
2. Menggerakkan orang lain untuk menyerahkan sesuatu barang, atau memberi utang, atau menghapus utang.¹⁸

Berdasarkan pendapat yang telah dikemukakan tersebut di atas, maka seseorang baru dapat dikatakan telah melakukan tindak penipuan sebagaimana dimaksud di dalam Pasal 378 KUHP, apabila unsur-unsur yang disebut di dalam Pasal 378 KUHP terpenuhi, maka pelaku tindak pidana penipuan tersebut dapat dijatuhi pidana sesuai perbuatannya.

D. Tinjauan Umum Mengenai Tindak Pidana Penipuan Melalui Transaksi Elektronik

Tindak pidana penipuan melalui transaksi elektronik merupakan rana kejahatan duni maya atau yang disebut cybercrime.

Cybercrime merupakan bentuk kejahatan yang timbul karena pemanfaatan teknologi internet. Perkembangan pemanfaatan jasa internet, memberikan kesempatan ruang untuk terjadinya kejahatan. Kejahatan terhadap penggunaan teknologi informatika dan transaksi elektronik semakin meningkat mengikuti perkembangan dari teknologi. Semakin banyak yang dirugikan atas tindakan dari pelaku kejahatan cyber tersebut apabila tidak ada ketersediaan hukum yang mengaturnya maka akan terjadi kekosongan hukum. Sebelum diberlakukan Undang-Undang ITE, aparat hukum menggunakan KUHP dalam menangani kasus-kasus kejahatan dunia cyber.

¹⁸P.A.F. Lamintang dan Theo Lamintang, *Delik – Delik Khusus Kejahatan Terhadap Harta Kekayaan*, Sinar Grafika, Jakarta, 2009, Hal.. 167.

Undang-Undang No 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan transaksi Elektronik tidak secara khusus mengatur mengenai tindak pidana penipuan. Selama ini, tindak pidana penipuan sendiri diatur dalam Pasal 378 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (“KUHP”), dengan rumusan pasal sebagai berikut:

Pasal 28 ayat (1) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (“UU ITE”) *“Setiap Orang dengan sengaja, dan tanpa hak menyebarkan berita bohong dan menyesatkan yang mengakibatkan kerugian konsumen dalam Transaksi Elektronik.”*

Apabila terbukti melanggar ketentuan Pasal 28 UU ITE ini dapat diberikan sanksi sebagaimana ada dan diatur dalam Pasal 45A ayat (1) UU 19/2016, yaitu:

*“Setiap Orang yang dengan sengaja dan tanpa hak menyebarkan berita bohong dan menyesatkan yang mengakibatkan kerugian konsumen dalam Transaksi Elektronik sebagaimana dimaksud dalam Pasal 28 ayat (1) dipidana dengan pidana penjara paling lama 6 (enam) tahun dan/atau denda paling banyak Rp 1 miliar.”*¹⁹

Unsur - Unsur Tindak Pidana

Dalam pasal 28 ayat (1) memenuhi unsur :

1. Setiap orang disini adalah ditunjukan kepada pelaku penyebar berita bohong
Hoax
2. Kesalahan : dengan sengaja, Dengan sengaja yang dapat diartikan bentuk kesengajaan dan tanpa hak menyebarkan berita bohong dan menyesatkan, terbukti melakukan dalam hal melaksanakan delik yang diancamkan dalam pasal tersebut.
3. Melawan hukum : tanpa hak disini tanpa hak diartikan sebagai melawan hukum yaitu tanpa adanya hak sendiri (zonder eigen recht), bertentangan dengan

¹⁹Klinik/Detail/Ulasan, <https://www.hukumonline.com>, pasal untuk menjerat penyebar ihoax, diakses tanggal 13 agustus 2019

hukum pada umumnya (in strijd met het recht in het algemeen), bertentangan dengan hak pribadi seseorang (in strijd met een anders subjectieve recht), bertentangan dengan hukum objektif (tegen het objectieve recht), dalam penyebaran berita bohong atau Hoax merupakan tindakan yang melawan hukum dan bertentangan dengan hak pribadi

4. Perbuatan : menyebarkan berita tidak sesuai fakta.

5. Yang mengakibatkan kerugian konsumen dalam transaksi elektronik, Unsur yang terakhir ini mensyaratkan berita bohong dan menyesatkan tersebut harus mengakibatkan suatu kerugian konsumen.

E. Tinjauan Umum Mengenai Teori Keadilan

Istilah keadilan (*iustitia*) berasal dari kata “adil” yang berarti: tidak berat sebelah, tidak memihak, berpihak kepada yang benar, sepatutnya, tidak sewenang-wenang.²⁰

2. Pengertian Keadilan Menurut Para Ahli

a. Keadilan Menurut Aristoteles

Pandangan Aristoteles tentang keadilan bisa didapatkan dalam karyanya *nichomachean ethics*, *politics*, dan *rethoric*. Spesifik dilihat dalam buku *nicomachean ethics*, buku itu sepenuhnya ditujukan bagi keadilan, yang didasarkan pada filsafat Aristoteles, dengan anggapan inti filsafat hukumnya, “dikarenakan hukum hanya dapat ditetapkan kaitannya dengan keadilan”²¹

Dalam pendapatnya menurut pandangan Aristoteles digolongkan dalam dua macam keadilan, “*distributief*” dan “*commutatief*”. Yang dimaksud *distributief* ialah keadilan yang memberikan kepada tiap orang porsi menurut prestasinya. Yang

²⁰M. Agus Santoso, *Hukum, Moral & Keadilan Sebuah Kajian Filsafat Hukum*, Ctk. Kedua, Kencana, Jakarta, 2014, Hal. 85

²¹Hyronimus Rhiti, *Filsafat Hukum Edisi Lengkap (Dari Klasik ke Postmodernisme)*, Ctk. Kelima, Universitas Atma Jaya, Yogyakarta, 2015, Hal. 241

dimaksud keadilan *commutatief* yaitu dengan diberikannya sama banyaknya kepada setiap orang tanpa adanya perbedaan prestasinya dalam konteks ini adalah kaitan dengan peranan tukar menukar barang ataupun jasa.²²

b. Keadilan Menurut John Rawls

John Rawls yang dikemukakan oleh Filsuf Amerika ini di akhir abad ke-20, John Rawls, dalam *A Theory of justice, Politcal Liberalism*, dan *The Law of Peoples*, yang memberikan pengaruh pemikiran cukup besar terhadap diskursus nilai-nilai keadilan²³

John Rawls dipandang sebagai perspektif “*liberal-egalitarian of social justice*”, berpendapat bahwa keadilan adalah kebajikan utama dari hadirnya institusi-institusi sosial (*social institutions*). namun, kebajikan untuk seluruh masyarakat tidak bisa mengesampingkan atau menggugat rasa keadilan dari setiap orang yang telah memperoleh rasa keadilan. Khususnya masyarakat lemah pencari keadilan. Secara spesifik, John Rawls mengembangkan gagasan mengenai prinsip-prinsip keadilan dengan menggunakan sepenuhnya konsep ciptaanya yang dikenal dengan “posisi asli” (*original position*) dan “selubung ketidaktahuan” (*veil of ignorance*)

Rawls berpendapat bahwa dengan memposisikan situasi yang sama dan sederajat antara tiap orang di dalam masyarakat. Tidak membedakan status, kedudukan atau memiliki posisi lebih tinggi antara satu dengan yang lainnya, sehingga satu pihak dengan lainnya dapat melakukan kesepakatan yang seimbang, itulah pandangan Rawls sebagai suatu “posisi asli” yang bertumpu pada pengertian *ekulibrium reflektif* dengan didasari oleh ciri rasionalitas (*rationality*),

²²*Ibid*, Hal. 242

²³Pan Mohamad Faiz, *Teori Keadilan John Rawls*, dalam *Jurnal Konstitusi*, Volue 6 Nomor 1 (April 2009), Hal. 135.

kebebasan (*freedom*), dan persamaan (*equality*) guna mengatur struktur dasar masyarakat (*basic structure of society*).²⁴

c. Keadilan Menurut Hans Kelsen

Pada buku yang berjudul *general theory of law and state*, berpendapat hukum memiliki fungsi sebagai tatanan sosial yang bisa dinyatakan adil jika bisa mengatur perbuatan manusia dengan cara yang memuaskan yang nantinya akibatnya akan menemukan kebahagiaan didalamnya.²⁵

Pada pendapatnya yang bersifat positifisme, pada nilai-nilai keadilan tiap individu dapat diketahui dengan adanya berbagai aturan hukum yang dapat mencakupi nilai-nilai umum, namun pemenuhan rasa keadilan dan kebahagiaan tetap diperuntukkan pada tiap individu.

Dalam pendapatnya, keadilan untuk pertimbangan nilai yang sifatnya subjektif, meskipun pada tatanan yang adil beranggapan bahwa pada suatu tatanan bukan kebahagiaan setiap individu, melainkan kebahagiaan yang sebesar-besarnya untuk sebanyak mungkin individu dalam arti kelompok, yaitu dengan terpenuhinya kebutuhan tertentu, yang mana oleh penguasa atau para pembentuk hukum dianggap sebagai kebutuhan yang perlu dipenuhi, semisal sandang, pangan dan papan, namun semua kebutuhan ini perlu di pilah yang mana yang utama, ini dapat dijawab menggunakan rasional yang merupakan suatu pertimbangan nilai, ditentukan oleh berbagai faktor emosional dan oleh karena itu bersifat subjektif.²⁶

Sebagai aliran positifisme Hans Kelsen juga mengakui bahwa keadilan yang mutlak berasal dari alam, yaitu lahir dari hakikat suatu benda ataupun hakikat manusia, muncul dari penalaran manusia atau kehendak Tuhan. Pendapat itu

²⁴ *Ibid*, Hal. 139-140.

²⁵ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, diterjemahkan oleh RasisulMuttapien, Bandung, Nusa Media, 2011, Hal. 7.

²⁶ *Ibid*

diesensikan sebagai doktrin yang kita sebut hukum alam. Hukum alam mengasumsikan bahwa adanya suatu keteraturan antar hubungan manusia yang berbeda dari hukum positif, yang lebih tinggi dan sepenuhnya sah dan adil, dikarenakan asalnya yang merupakan dari alam, dari penalaran manusia atau kehendak Tuhan.

Teori tentang konsep keadilan Hans Kelsen yang menganut aliran positifisme, mengaku pula kebenaran dari hukum alam, hal ini menimbulkan konsep keadilan dualisme yaitu antara hukum positif dan hukum alam, yaitu:

“Dualisme antara hukum positif dan hukum alam menjadikan karakteristik dari hukum alam mirip dengan dualisme metafisika tentang dunia realitas dan dunia ide model Plato. Inti dari filsafat Plato ini adalah doktrinnya tentang dunia ide. Yang mengandung karakteristik mendalam. Dunia dibagi menjadi dua bidang yang berbeda : yang pertama adalah dunia kasat mata yang dapat ditangkap melalui indera yang disebut realitas; yang kedua dunia ide yang tidak tampak.”

Konsep teori keadilan menurut Hans Kelsen: yang pertama adalah tentang keadilan dan perdamaian. Keadilan itu bersumber dari cita-cita yang irasional, keadilan ini diirasionalkan dengan cara diirasionalkan oleh pengetahuan yang bisa berwujud suatu kepentingan-kepentingan yang nantinya menimbulkan suatu masalah yaitu konflik kepentingan.²⁷

Yang kedua adalah keadilan dan legalitas, agar dapat menegakkan di atas dasar suatu yang kokoh dari suatu tatanan sosial tertentu, Hans Kelsen berpendapat bahwa “Keadilan” memiliki makna legalitas, suatu peraturan umum adalah “adil” jika ia benar-benar diterapkan, namun suatu peraturan umum adalah “tidak adil” apabila diterapkan pada suatu kasus dan tidak diterapkan pada kasus lain yang serupa, teori

²⁷*Ibid.*, Hal. 14,

keadilan dan legalitas ini yang diterapkan dalam hukum nasional indonesia, yang memaknai bahwa peraturan hukum bangsa Indonesia dapat dijadikan sebagai payung hukum (*law umbrella*) bagi peraturan hukum nasional lainnya sesuai tingkat dan derajatnya dan peraturan hukum itu mempunyai daya ikat kepada materi-materi yang dimuat (materi muatan) dalam peraturan hukum tersebut.²⁸



²⁸*Ibid.*, Hal. 16,